



Libertà e pluralismo dei *media*. La Corte di Giustizia si pronuncia sul divieto fatto a un'impresa di raggiungere una “rilevante dimensione economica” in un altro settore

📅 08/09/2020

📖 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, IT&TMT, CONTENZIOSO

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In data 3 settembre 2020, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata nella Causa C-719/18, *Vivendi SA contro Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, sull'interpretazione degli articoli 49, 56 e 63 del Trattato sul funzionamento

dell'Unione Europea (TFUE) nonché degli articoli 15 e 16 della Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, come modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009¹. La domanda di

¹ Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, GUUE L 108 del 24.04.2002.



interpretazione pregiudiziale era stata presentata nell'ambito di una controversia pendente dinanzi al Tribunale Amministrativo per il Lazio, tra la *Vivendi SA* ("Vivendi") e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AGCOM") e la *Mediaset SpA* ("Mediaset"), in merito ad una disposizione di legge italiana che fa divieto ad un'impresa di conseguire ricavi superiori al 10% di quelli complessivi del sistema integrato delle comunicazioni ("SIC"), qualora tale impresa detenga una quota superiore al 40% dei ricavi complessivi del settore delle comunicazioni elettroniche.

In data 8 aprile 2016 la Vivendi², la Mediaset e *Reti Televisive Italiane SpA* avevano stipulato un contratto di *partnership* strategica mediante il quale la prima acquisiva il 3,5% del capitale sociale di Mediaset e il 100% di quello di *Mediaset Premium SpA*, cedendo in cambio a Mediaset il 3,5% del proprio capitale sociale. Successivamente, attraverso un'offerta pubblica ostile la Vivendi era arrivata ad acquisire il 28,8% del capitale sociale di Mediaset e il 29,94% dei relativi diritti di voto. In data 20 dicembre 2016 la Mediaset aveva presentato una denuncia all'AGCOM, in quanto le sue partecipazioni in *Telecom Italia SpA* ("Telecom Italia") e in Mediaset comportavano ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche e nel SIC superiori alle soglie stabilite dal Testo

Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici ("TUSMAR")³.

Con delibera del 18 aprile 2017, l'AGCOM aveva giudicato la condotta della Vivendi contraria alle norme del TUSMAR, ordinandole di disinvestire le partecipazioni acquisite nel capitale di Mediaset e di Telecom Italia entro il termine di dodici mesi. Di conseguenza, la Vivendi aveva trasferito ad una società terza il 19,19% delle azioni di Mediaset (pari al 19,95% dei diritti di voto) e conservato una partecipazione diretta al capitale inferiore al 10% dei corrispondenti diritti di voto esercitabili. Inoltre, la Vivendi aveva proposto ricorso avverso la delibera dell'AGCOM dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio ("giudice del rinvio") che, ritenendo necessaria l'interpretazione della normativa europea rilevante in materia, aveva deciso di sospendere il procedimento ex art. 267, secondo comma, TFUE, e di chiedere alla Corte di Giustizia se l'articolo 49 TFUE⁴ debba essere interpretato nel senso che esso osta alla normativa di uno Stato Membro che ha l'effetto di impedire ad una società costituita in un altro Stato membro, i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai fini di tale normativa nazionale, anche tramite società controllate o collegate, siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel SIC ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo.

² La Vivendi è una società di diritto francese iscritta nel registro delle imprese di Parigi che controlla un gruppo attivo nel settore dei media e nella creazione nonché distribuzione di contenuti audiovisivi. Nello specifico, la detiene una partecipazione del 23,9% nel capitale di *Telecom Italia SpA*.

³ Decreto Legislativo 31 luglio 2005, n. 177, GU n. 208 del 07.09.2015. L'articolo 43 del TUSMAR, intitolato "Posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni", al comma 11 dispone: "... Le imprese, anche attraverso società controllate o collegate, i cui ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai sensi dell'articolo 18 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, sono superiori al 40 per cento dei ricavi complessivi di quel settore, non possono conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10 per cento del sistema medesimo...".

⁴ L'articolo 49 TFUE dispone: "... Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali...".

Secondo la Corte, vietando alla Vivendi di mantenere le partecipazioni precedentemente acquisite in Mediaset o in Telecom Italia, e ordinandole di disinvestirle nella misura eccedente le soglie previste, l'articolo 43, comma 11, del TUSMAR ha limitato la libertà di Vivendi di stabilirsi in Italia, impedendole di influire maggiormente sulla gestione di Mediaset mediante un'acquisizione di partecipazioni. Ciò costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE⁵.

Una tale restrizione può tuttavia essere ammessa se, cumulativamente, sia i) giustificata da motivi imperativi di interesse generale, ii) idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, e iii) non eccessiva rispetto a quanto necessario per raggiungerlo⁶. L'articolo 43, comma 11, del TUSMAR è stato adottato al fine di garantire il pluralismo dell'informazione e dei *media*⁷, una

finalità che, conformemente all'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁸, costituisce un obiettivo di interesse generale di centrale importanza in una società democratica e pluralista, ed è pertanto idoneo a giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento⁹. Inoltre, poiché la normativa nazionale in causa costituisce una deroga al principio della libertà di stabilimento, spetta alle autorità nazionali dimostrarne la conformità al principio di proporzionalità, ossia che essa è idonea e necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, e che quest'ultimo non potrebbe essere raggiunto attraverso divieti o limitazioni di minore portata o che colpiscano in minor misura l'esercizio di tale libertà¹⁰.

La prossimità tra il settore dei servizi di comunicazione elettronica e quello dei *media*¹¹ comporta l'ammissibilità, in linea di principio, di limitazioni alla possibilità

⁵ CGUE 10.05.2012, Cause riunite da C-357/10 a C-359/10, *Duomo Gpa e a.*, punto 35.

⁶ CGUE 25.10.2017, Causa C-106/16, *Polbud – Wykonawstwo*, punto 52.

⁷ L'articolo 43 del TUSMAR al comma 5 dispone: "... L'Autorità, adeguandosi al mutare delle caratteristiche dei mercati, ferma restando la nullità di cui al comma 4, adotta i provvedimenti necessari per eliminare o impedire il formarsi delle posizioni di cui ai commi 7, 8, 9, 10, 11 e 12, o comunque lesive del pluralismo. Qualora ne riscontri l'esistenza, apre un'istruttoria nel rispetto del principio del contraddittorio, al termine della quale interviene affinché esse vengano sollecitamente rimosse; qualora accerti il compimento di atti o di operazioni idonee a determinare una situazione vietata ai sensi dei commi 7, 8, 9, 10, 11 e 12, ne inibisce la prosecuzione e ordina la rimozione degli effetti. Ove l'Autorità ritenga di dover disporre misure che incidano sulla struttura dell'impresa, imponendo dismissioni di aziende o di rami di azienda, è tenuta a determinare nel provvedimento stesso un congruo termine entro il quale provvedere alla dismissione; tale termine non può essere comunque superiore a dodici mesi. In ogni caso le disposizioni relative ai limiti di concentrazione di cui al presente articolo si applicano in sede di rilascio ovvero di proroga delle concessioni, delle licenze e delle autorizzazioni...".

⁸ L'articolo 11 della Carta, intitolato "Libertà di espressione e d'informazione", dispone: "... Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera.

La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati...".

⁹ CGUE 22.01.2013, Causa C-283/11, *Sky Österreich*, punto 52.

¹⁰ CGUE 23.12.2015, Causa C-333/14, *Scotch Whisky Association e a.*, punto 53.

¹¹ Il considerando (5) della Direttiva 2002/21/CE dispone: "... La convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione implica l'esigenza di assoggettare tutte le reti di trasmissione e i servizi correlati ad un unico quadro normativo. Tale quadro normativo è costituito dalla presente direttiva e da quattro direttive particolari: la direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni)(5), la direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e delle risorse correlate nonché all'interconnessione delle stessa (direttiva accesso, la direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), la direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni (in

per le imprese che già occupano una posizione dominante nel primo di tali settori di beneficiarne per rafforzare la loro posizione nel secondo. Tuttavia, la produzione dei contenuti, che implica un controllo editoriale, deve essere tenuta distinta dalla loro diffusione e trasmissione, che esclude qualsiasi controllo editoriale, cosicché i contenuti e la loro trasmissione sono soggetti a discipline distinte che perseguono obiettivi da ritenersi distinti¹². Di conseguenza, le imprese operanti nel settore delle comunicazioni elettroniche, che esercitano un controllo sulla trasmissione di contenuti, non esercitano necessariamente un controllo sulla loro produzione.

Nel caso concreto, l'articolo 43, comma 11, del TUSMAR non fa riferimento a collegamenti tra la produzione e la trasmissione dei contenuti, "limitandosi" a vietare in maniera assoluta ai soggetti i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche siano superiori al 40% di quelli complessivi di tale settore di conseguire nel SIC ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo. Di talché, al fine di determinare se la norma sia idonea ad impedire che si producano gli aspetti negativi di convergenza tra il settore delle comunicazioni elettroniche e il SIC, occorre valutare quale sia il nesso tra le soglie alle quali la disposizione nazionale fa riferimento e quale sia il rischio al

quale sarebbe esposto il pluralismo dei *media*.

Se, come fatto dall'AGCOM, si riferisce la definizione del settore delle comunicazioni elettroniche ai mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante*, l'articolo 43, comma 11, del TUSMAR esclude mercati di importanza crescente per la trasmissione di informazioni, ossia i servizi al dettaglio di telefonia mobile e altri servizi di comunicazione elettronica collegati ad *internet* e quelli di radiodiffusione satellitare. Il meccanismo degli obblighi di regolamentazione *ex ante*, infatti, è destinato a regolamentare problemi specifici che si verificano su mercati specifici del settore delle comunicazioni elettroniche, e non già a garantire il pluralismo dei *media* consentendo di individuare, tra le imprese che già dispongono di un significativo potere di mercato nel settore delle comunicazioni elettroniche, quelle che potrebbero raggiungere una rilevante dimensione economica nel SIC¹³. I suddetti mercati, tuttavia, sono divenuti la principale via di accesso ai *media*, cosicché non è giustificato escluderli da tale definizione.

Il fatto di conseguire o meno ricavi corrispondenti al 10% dei ricavi complessivi del SIC, inoltre, non è di per sé indicativo di un rischio di influenza sul pluralismo dei *media*, in quanto il SIC comprende mercati diversi¹⁴. Di

proseguo "le direttive particolari"). È necessario separare la disciplina dei mezzi di trasmissione dalla disciplina dei contenuti. Di conseguenza, il presente quadro normativo non si applica ai contenuti dei servizi forniti mediante reti di comunicazione elettronica che utilizzano servizi di comunicazione elettronica, come i contenuti delle emissioni radiotelevisive, i servizi finanziari e taluni servizi della società dell'informazione e lascia quindi impregiudicate le misure adottate a livello comunitario o nazionale riguardo a tali servizi in ottemperanza alla normativa comunitaria, per promuovere la diversità culturale e linguistica e per assicurare la difesa del pluralismo dei mezzi di informazione. Il contenuto dei programmi televisivi è disciplinato dalla direttiva 89/552/CEE del Consiglio del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive. La separazione della disciplina dei mezzi di trasmissione dalla disciplina dei contenuti non incide sul riconoscimento dei collegamenti fra i due aspetti, in particolare al fine di garantire il pluralismo dei mezzi di informazione, la diversità culturale e la protezione dei consumatori...".

¹² CGUE 13.06.2019, Causa C-193/18, Google, punto 31.

¹³ CGUE 03.12.2009, Causa C-424/07, Commissione/Germania, punti 56 e 64.

¹⁴ L'articolo 2 del TUSMAR, intitolato "Definizioni", al paragrafo 1, lettera s) dispone: "... Ai fini del presente testo unico si intende per:

(...)

s) «opere europee» le opere originarie:



conseguenza, se i ricavi complessivi realizzati da un'impresa nel SIC dovessero essere concentrati in uno solo dei mercati che compongono tale sistema, in modo tale che la quota raggiunta in tale mercato sia nettamente superiore al 10% ma, qualora venga preso in considerazione l'insieme dei mercati che compongono il SIC, rimanga inferiore al 10%, il fatto che la soglia del 10% dei ricavi complessivi del SIC non venga raggiunta non potrebbe escludere qualsiasi rischio per il pluralismo dei *media*.

Infine, un'analisi non solo dei ricavi realizzati tramite società controllate, ma anche di quelli realizzati tramite società collegate, sulle quali l'impresa interessata esercita un'"influenza notevole", può comportare che i medesimi ricavi siano considerati due volte, falsando così il calcolo dei ricavi realizzati nel SIC. Ciò, secondo il giudizio della Corte, non è conciliabile con l'obiettivo perseguito dall'articolo 43, comma 11, del TUSMAR, di talché lo stesso, fissando soglie che non presentano un nesso con il rischio a cui sarebbe esposto il pluralismo dei *media*, non risulta idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito.

Tutto ciò premesso, la Corte ha statuito che:

“L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro che ha l'effetto di impedire ad una società registrata in un altro Stato membro, i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai fini di tale normativa, siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo”.

Rimane da vedere quale sarà la pronuncia di merito del giudice del rinvio a valle della sentenza della Corte, e quale il riassetto conseguente e la sorte delle partecipazioni di Vivendi in Mediaset e *Telecom Italia*, anche alla luce del frattanto mutato clima politico del controllo sugli investimenti esteri diretti nei settori strategici.

1) di Stati membri dell'Unione europea;

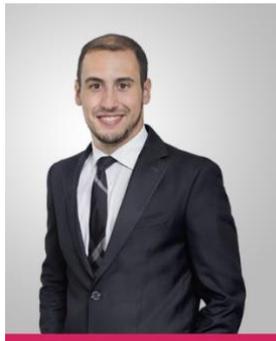
2) di Stati terzi europei che siano parti della Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera, firmata a Strasburgo il 5 maggio 1989 e ratificata dalla legge 5 ottobre 1991, n. 327, purché le opere siano realizzate da uno o più produttori stabiliti in uno di questi Stati o siano prodotte sotto la supervisione e il controllo effettivo di uno o più produttori stabiliti in uno di questi Stati oppure il contributo dei co-produttori di tali Stati sia prevalente nel costo totale della co-produzione e questa non sia controllata da uno o più produttori stabiliti al di fuori di tali Stati;

3) di altri Stati terzi europei, realizzate in via esclusiva, o in co-produzione con produttori stabiliti in uno o più Stati membri dell'Unione europea, da produttori stabiliti in uno o più Stati terzi europei con i quali la Comunità europea abbia concluso accordi nel settore dell'audiovisivo, qualora queste opere siano realizzate principalmente con il contributo di autori o lavoratori residenti in uno o più Stati europei...”.



Roberto A. Jacchia
PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com
 +39 02 72554.1
 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Marco Stillo
ASSOCIATE

 m.stillo@dejalex.com
 +32 (0)26455670
 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO
Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA
Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES
Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW
Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com